



par Jean-Jacques Martel

Docteur en droit, expert immobilier agréé par la Cour de cassation, médiateur près la cour d'appel de Paris, maître de conférences à l'Université de Lille (MCA CRDP-ERDP, EA n° 4487) et président de la Compagnie nationale des experts de justice immobiliers (CNEJI)

Il faut, dans l'intérêt des parties au bail, réfléchir à la création d'un indice équitable ou durable

CLAUDE D'ÉCHELLE MOBILE DANS LE BAIL COMMERCIAL : RETOUR VERS LE FUTUR ?

La vie des affaires réserve parfois des surprises et réveille même quelques souvenirs.

Au titre des souvenirs disparus, la clause d'échelle mobile semblait bien une espèce en voie de disparition pour les praticiens des baux commerciaux les plus expérimentés, et même une espèce inconnue pour les plus jeunes.

En 2006-2008, l'émoi des acteurs du commerce avait déjà déploré une évolution excessive de l'indice servant de base à l'indexation des loyers commerciaux. En réponse, le législateur proposa la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 et la création de l'ILC (Indice des loyers commerciaux) comme alternative à l'ICC (Indice INSEE du coût de la construction), à qui l'on reprochait tant d'irrégularité et d'instabilité économique après la création de l'euro (J.-J. Martel, ICC où ILC que choisir? AJDI 2009. 11).

Depuis l'indice du 4^e trimestre 2021, le mode de calcul de l'ILC a été modifié pour en limiter la hausse. Il est actuellement composé pour 75 % de l'indice des prix à la consommation hors loyers et hors tabac et pour 25 % de l'ICC.

Souvenons-nous que l'ICC avait lui-même déplu aux bailleurs quand ils constatèrent qu'il pouvait également baisser, comme en 1998...

En réponse à une possible répétition baissière, certains bailleurs exhibèrent une clause providentielle limitant contractuellement l'indexation à la seule hausse...

Évidemment, l'histoire ne se répétera pas. Bien au contraire, l'ICC se mit à bondir en atteignant des records entre 2000 et 2008 (+ 45,83 % pour l'indice du 3^e trimestre).

L'aubaine était toute trouvée: à l'appui d'une hausse d'indice de plus de 25 % depuis le dernier loyer fixé ou renouvelé, il devenait possible de voir fixer automatiquement le loyer à la valeur locative (en application de l'article L. 145-39 du code de commerce. La boîte de Pandore semblait ouverte...

La période étant alors à l'inflation des loyers, les locataires subirent un « double effet Kiss Cool » en se voyant appliquer une première hausse par l'augmentation vertigineuse de l'ICC et en prime une tentative de fixation généralisée à la hausse de la valeur locative par la révision du loyer.

Certains bailleurs « inventifs » découvrirent, avec une certaine déception, qu'une clause d'échelle mobile devait se jouer à la hausse mais aussi et surtout à la baisse pour être applicable (Douai, 21 janv. 2010, n° 08/08568, arrêt *Chattawak*, AJDI 2010. 552, obs. Y. Rouquet; à propos de cet arrêt, V. aussi

J.-J. Martel, La Gazette Nord Pas-de-Calais, 7 nov. 2009, cahier juridique, n° 8180, La crise économique, le renouvellement du bail commercial et la clause d'échelle mobile...).

Actuellement, ces deux indices cohabitent encore, puisque certains baux anciens sont toujours soumis à l'indexation ICC. La loi Pinel du 18 juin 2014 a imposé l'ILC, qui s'applique aux baux commerciaux conclus ou renouvelés à compter du 1^{er} septembre 2014.

La création de l'ILC, destiné à répondre à l'augmentation déraisonnée de l'ICC (rappelons que l'ICC servait à mesurer le marché du coût des bâtiments depuis 1954), ne semble pas satisfaire les preneurs. L'envolée récente de l'inflation (guerre en Ukraine, coût de l'énergie, etc.) et sans doute le « quoi qu'il en coûte » bouleversent une nouvelle fois l'écosystème économique de nos commerces, à une différence près.

Si, dans les années 2006-2009, la clause d'échelle mobile a largement servi les intérêts des bailleurs, la hausse pas très raisonnable de l'ILC ces dernières années pourrait bien servir cette fois-ci les preneurs.

Chacun s'accorde à dire que certains secteurs d'exploitation connaissent des difficultés systémiques, notamment par la concurrence des ventes par Internet. C'est le cas de l'habillement où les difficultés économiques sont avérées.

Dès lors, ceux qui appellent de leurs vœux la suspension ou la réforme de l'ILC, la mise en place d'un moratoire, le plafonnement de l'indice ou le lissage de l'indexation pourraient peut-être faire le calcul inverse et espérer au contraire le fameux franchissement du seuil de 25 %, s'ils considèrent leurs loyers insupportables.

Cela permettrait ainsi de voir fixer le loyer à la valeur locative défini à l'article 145-33 du code de commerce à l'occasion d'une demande immédiate de révision.

En l'état actuel, l'ICC a déjà franchi le cap des 25 % et l'ILC semble être en passe d'y parvenir très prochainement.

Ce franchissement permettrait donc, à tout bailleur ou preneur bénéficiant d'un bail assorti d'une clause d'échelle mobile licite de voir réviser son loyer immédiatement à la valeur locative, s'il s'appuie sur l'ICC, et le même scénario serait applicable avec l'ILC dès le dépassement du seuil fatidique. Rappelons également que la valeur locative révisée prendrait également en considération l'impact de la taxe foncière (J.-J. Martel et F. Ducloy, AJDI 2023. 237, Absurdité technocratique de la réforme de la taxe foncière ou iniquité fiscale?) et qu'il est largement constaté une différence entre la valeur locative de marché et la valeur locative statutaire de l'article L. 145-33 du code de commerce.

Il reste enfin à réfléchir sérieusement, à l'avenir, à la création d'un indice équitable ou durable dans l'intérêt des parties au bail. Sauf à considérer, en faisant le bilan coût/avantage de ces deux périodes, que les choses ne sont pas si mal faites, finalement? Un indice peut-il d'ailleurs, quel qu'il soit, répondre à toutes les situations, alors qu'à la base il

s'appuie sur des éléments objectifs? Ne faudrait-il d'ailleurs pas renoncer à vouloir brider un indice puisque la clause d'échelle mobile permet justement la correction des excès? Le pire ne serait-il pas finalement de limiter l'indice au moment où sa régulation pourrait intervenir par un autre biais?

Le 24 octobre 2013, à l'occasion du 60^e anniversaire du statut des baux commerciaux, des états généraux se sont tenus à l'université de Paris Dauphine sous la présidence du professeur Joël Monéger.

Le thème 6 s'intitulait « L'indexation et la révision du loyer en cours de bail ». Cette commission, animée par Frédéric Planckeel et composée de Géry Delattre, Marie-Odile Vaissière et moi-même, a présenté ses propositions au chapitre 6 des actes du colloque publiés sous la forme d'un ouvrage collectif toujours disponible (États généraux des baux commerciaux, LexisNexis, 2014).

Certaines propositions ont été reprises dans la loi Pinel (notamment la proposition 3 du thème 6: elle consistait à supprimer la référence faite par les articles L. 145-34 et L. 145-38 du code de commerce à l'indice du coût de la construction (ICC), qui ne serait donc plus utilisé pour calculer le plafonnement). Sans doute faut-il confier plus souvent aux praticiens ce type d'exercice afin d'objectiver un débat trop souvent passionné ou espérer une nouvelle édition de ces états généraux.

Rappelons enfin que la liberté contractuelle existe encore et que rien n'interdit au preneur de ne pas signer aveuglément son bail. Il peut toujours caper son indexation et donc en limiter la hausse future.

Dans le rapport des parties au bail, la force plus obscure (rédactionnelle) est traditionnellement du côté du bailleur, mais une autre force, plus transparente (celle du marché), se dessine actuellement du côté du preneur.

Une perspective d'équilibre pourrait voir le jour, pour les plus idéalistes d'entre nous...

Les parties au bail ont donc intérêt à faire examiner préventivement, et séparément, leur clause d'indexation par leurs avocats spécialisés, et l'état du marché locatif par leurs experts de justice (un expert n'est pas avocat et réciproquement). Elles devront enfin se souvenir que le loyer de marché négocié à la conclusion du bail n'est pas forcément la valeur locative de renouvellement, ni la valeur locative de révision.